

EUROPA E DIRITTO PRIVATO

Fasc. 3 - 2009

Luca Nivarra

**AUTONOMIA (BIO)GIURIDICA
E TUTELA DELLA PERSONA**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

Luca Nivarra

AUTONOMIA (BIO)GIURIDICA E TUTELA DELLA PERSONA (*)

SOMMARIO: 1. Autonomia e diritto della modernità. - 2. I limiti all'autonomia. - 3. L'autonomia colonizzatrice. - 4. Segue. - 5. Le costituzioni del dopo Auschwitz. - 6. L'attuazione della Costituzione negli anni sessanta e settanta. - 7. Il neoliberismo e la Costituzione. - 8. Bioetica e biodiritto: un primo accenno. - 9. Il caso Englaro. - 10. Alla ricerca del consenso informato. - 11. Ideologia e pratica del consenso informato. - 12. Epilogo.

1. Il titolo di questo convegno contiene due parole — “autonomia” e “limite” — con le quali il giurista, ed in particolare il civilista, ha una grande familiarità.

Come è noto anche ai profani, la codificazione civile — che rappresenta l'atto di nascita della modernità giuridica — ruota attorno alla figura del soggetto astratto di diritto, il quale, una volta sgomberato il campo da ogni residuo di sostanzialismo, finisce per essere identificato dalle norme che fissano i presupposti fattuali della imputazione di effetti giuridici (la cosiddetta capacità giuridica: ai sensi dell'art. 1, co. 1, c.c., la capacità giuridica si acquista per il solo fatto della nascita). La possibilità stessa di un coerente dispiegarsi della dinamica giuridica, infatti, esige che l'ordinamento individui il punto di approdo o, come pure si suole dire, il centro di imputazione di tutte quelle proprietà — diritti soggettivi, interessi legittimi, aspettative, doveri, obblighi, oneri ecc.: le cosiddette situazioni giuridiche soggettive — che conseguono al verifi-

(*) Il testo riproduce la relazione al convegno su “Autonomia e limite: siamo liberi di scegliere?” svoltosi a Palermo il 14 maggio 2009 su iniziativa della Commissione di Bioetica della Tavola Valdese.

carsi di certi eventi (le cosiddette fattispecie) produttive, appunto, di effetti giuridici. Questo centro di imputazione è, come si è già anticipato, il soggetto di diritto, ormai ridotto ad una pura forma, non denunciando più, esso, alcun carattere propriamente extranormativo (che non sia la pura e semplice appartenenza alla specie umana), a differenza di quanto accadeva nel sistema dell'antico regime, popolato da attori giuridici agevolmente riconoscibili (mercanti, nobili, chierici ecc.).

Il disegno si completa riconoscendo ai soggetti di diritto, secondo regole già più esigenti che possono tener conto, ad es., dell'età o del sesso di quei medesimi soggetti, la capacità d'agire (art. 2 c.c., per il quale quest'ultima si consegue con il raggiungimento della maggiore età), ovvero l'idoneità a compiere atti giuridici i cui effetti sono destinati ad investire la sfera giuridico-patrimoniale dell'agente.

La capacità d'agire, al pari della capacità giuridica, è una qualità puramente formale, una semplice regola di funzionamento del sistema giuridico. Essa, poi, in concreto, si alimenta del potere attribuito ai singoli di dare una regola ai propri interessi, attraverso il compimento di atti di autonomia privata, in primo luogo contratti (art. 1322 c.c.). Come è ovvio, l'autonomia privata non è un'invenzione del codice civile: essa rappresenta una costante nella storia, anche se i suoi confini risultano, a seconda dei tempi e dei luoghi, molto mobili. La vera novità deve ravvisarsi, invece, nell'inserimento dell'autonomia privata all'interno di questo circuito di qualificazioni puramente formali (capacità giuridica, capacità d'agire) il cui combinarsi pone capo al modo di essere della moderna soggettività giuridica: formale, appunto, generale ed astratta, come del resto, secondo la insuperata analisi offerta dal giovane Marx, nella « Critica alla filosofia hegeliana del diritto pubblico », formale, generale e, fondamentalmente, astratto è tutto il diritto borghese.

Dal punto di vista politico, la cooptazione dell'autonomia privata all'interno della nuova, disincarnatissima figura del soggetto di diritto è strumentale all'affermazione del valore di base del protocapitalismo, cioè a dire l'eguaglianza di fronte alla legge, a sua volta corredo imprescindibile di un'economia imperniata sullo scambio delle merci come forma da tutti, appunto, astrattamente attingibile di socializzazione. In defini-

tiva, quindi, l'assunzione del mercato come modalità naturale di funzionamento dell'economia si traduce, sul piano normativo, nella trasformazione, attraverso il *medium* della capacità d'agire, del potere dei privati di autoregolare i propri interessi in un predicato della soggettività giuridica, in quanto tale spettante a tutti in eguale misura, salvo le eccezioni stabilite dalla legge (minori, incapaci, donne). Alla appropriazione e mercificazione dei *commons* fanno seguito, per un verso, la generalizzazione dello scambio come modalità normale di circolazione della ricchezza e, per altro verso, la formalizzazione, generalizzazione ed astrazione dell'autonomia privata in quanto motore occulto, ancorché potentissimo, della dinamica giuridica.

2. I limiti entro i quali ha luogo il riconoscimento, nei termini anzidetti, del potere di autonomia rispecchiano esattamente il modo in cui la legge guarda al mercato. Il diritto protoborghese si esaurisce nelle due funzioni fondamentali della tutela dei titoli di proprietà e del rispetto del principio *pacta sunt servanda*, mentre, per il resto, lascia fare ai privati i quali, ispirati dalla mano invisibile, concluderanno transazioni sempre, per definizione, efficienti. Da qui il carattere inconfondibilmente mimetico di quel diritto, per il quale disciplinare l'autonomia privata significa, nella sostanza, fissare, per un verso, le regole del gioco e, per altro verso, delimitare i confini che i singoli, nell'esercizio delle loro prerogative, non possono superare.

Le prime non sono veri e propri limiti, almeno non più di quanto lo sia la regola per cui, nel calcio, il pallone non va preso con le mani o, nel basket, al contrario, non va toccato con i piedi. Stabilire che il contratto si considera concluso nel momento x piuttosto che nel momento y, o che, ai fini della validità di una compravendita immobiliare è necessaria la forma dell'atto pubblico significa, molto semplicemente, rendere possibili gli scambi abbattendo drasticamente il livello di incertezza che, altrimenti, condannerebbe il sistema dei contratti all'entropia. Alla stessa finalità obbediscono, pur operando secondo modalità più sofisticate, anche le norme dispositive/suppletive le quali integrano il regolamento pattizio là dove quest'ultimo risulti lacunoso, con ciò consentendo alle

parti di risparmiare i costi di una negoziazione o troppo prolungata, o reiterata.

I confini non oltrepassabili dall'autonomia privata, viceversa, individuano veri e propri limiti. Essi, però, danno voce ad istanze basilari di conservazione dell'ordine sociale (l'ordine pubblico, il buon costume) ed il più delle volte, per la verità, traducono sul piano civilistico, sotto forma di nullità, le conseguenze della violazione di un divieto penale. Sono limiti, sì, ma molto laschi, nel senso che essi sono esterni al nucleo dei poteri di autonomia, così come esterni al diritto di proprietà sono i limiti che la legge pone a quest'ultimo.

3. *Prima facie*, sembrerebbe che tutto questo, a parte alcune assonanze terminologiche, non c'entri molto con le questioni di ordine bioetico e biogiuridico sulle quali siamo stati chiamati a riflettere. In realtà, non è esattamente così: ed anzi, come mi sforzerò di dimostrare nel prosieguo dell'analisi, un legame tra la formalizzazione/santificazione protoborghese dell'autonomia privata (trasformata, attraverso la mediazione della capacità d'agire, da regola organizzatoria dei rapporti sociali in attributo formale del soggetto di diritto) ed un certo, diffuso modo di impostare e risolvere quelle questioni esiste, è molto forte, anche se non sempre immediatamente percepibile da osservatori ed interpreti, talora troppo inclini a farsi travolgere dalla incandescenza dei temi o dall'urgenza dell'ora.

Vorrei intraprendere questo percorso che dal principio di autonomia porta al principio di autodeterminazione — ho così anticipato quella che, almeno nelle intenzioni, dovrebbe essere la parabola del mio ragionamento — muovendo da una citazione tratta dalla seconda edizione italiana del libro di Ulrich Beck e di sua moglie, Elisabeth Beck-Gernsheim, *Il normale caos dell'amore*: « quello che appare e viene deplorato come "tirannia dell'intimità" sono, dunque, nei termini di una teoria e di una storia della società, le contraddizioni di una società moderna dimezzata nel quadro della società industriale che ha sempre diviso gli indivisibili principi della modernità — libertà individuale ed eguaglianza al di là delle limitazioni di nascita — e li ha, per nascita, negati ad un sesso e destinati all'altro. La società industriale non è mai stata e non è possibile come

società solo industriale, ma sempre come società per metà industriale e per metà di ordini, la cui parte feudale non è un relitto della tradizione, ma un prodotto e un fondamento della società industriale, inserito nell'organizzazione istituzionale di lavoro e vita » (1).

Il senso del discorso dei Beck mi pare molto chiaro e molto pertinente rispetto a ciò che costituisce oggetto della nostra riflessione. La prima società industriale è caratterizzata da una perduranza di tratti preindustriali — addirittura feudali, nel lessico dei nostri autori — che non sono il frutto di un puro e semplice ritardo nello sviluppo del sistema, ma rispondono ad una logica ben precisa che, come si è visto, limita la portata emancipatoria dei principi di eguaglianza, libertà e autonomia alla sola sfera delle relazioni economiche e ai soli individui di sesso maschile. In altri termini, la prima enunciazione giuridica di quei principi, il loro elevarsi al rango di vere e proprie norme fondamentali del nuovo ordine economico, avviene in un contesto caratterizzato, per tutto il resto, da una struttura sociale gerarchico-autoritaria assolutamente impermeabile alla tavola dei valori imposta dal protocapitalismo. Eguaglianza, libertà, autonomia si arrestano sull'uscio di casa, per non parlare della camera da letto: segno inequivoco della esistenza, al di fuori delle relazioni di mercato, di mondi vitali — in primo luogo, l'ambito dei rapporti familiari, indisponibili a farsi attraversare, e trasformare, dalla pulsione egualizzante e astrattizzante che, invece, domina ormai incontrastata l'universo dello scambio di merci.

Questo equilibrio tra vecchio e nuovo, tra autonomia e subordinazione, tra eguaglianza e gerarchia, tra appropriazione fondata sullo scambio e appropriazione affidata al principio d'autorità (come nel caso, appunto, dello sfruttamento del lavoro di cura femminile), in una parola, tra mercato e non mercato, si rompe a partire dall'inizio del XX secolo con il passaggio, graduale ma inarrestabile, ad un'economia di produzione e consumo di massa nella quale le zone di non mercato si fanno progressivamente sempre più ridotte e dove, per

(1) U. Beck-E. Beck Gernsheim, *Il normale caos dell'amore* (Torino 2008), 45-46 (in Germania il libro è uscito nel 1990).

dirla ancora una volta con i Beck, si compie « l'applicazione dei principi di una più sviluppata società di mercato oltre la linea di demarcazione del sesso » (2).

È fuor di dubbio che la colonizzazione di questa sfera, e delle istituzioni che tradizionalmente la popolano — matrimonio, famiglia — ad opera del principio di scambio, nel senso del passaggio della forza lavoro femminile da modalità di appropriazione su base autoritativa a modalità di appropriazione su base consensuale, rappresenti un aspetto tra i più significativi del più generale fenomeno di tracimazione del mercato dai suoi originari confini ottocenteschi. Del resto, anche la disciplina giuridica di quelle istituzioni si è, più o meno prontamente, adeguata: basti pensare alla maggior tutela assicurata alla purezza dell'integrità del consenso matrimoniale dalla legge italiana di riforma del diritto di famiglia del 1975, attraverso la previsione di nuove cause di invalidità (ad es., la simulazione); ma anche, in definitiva, alla maggiore instabilità del vincolo coniugale derivante sia dall'aver disancorato la separazione dal giudizio di colpevolezza, sia dalla introduzione del divorzio.

Naturalmente, tutto ciò si presta ad essere letto nella chiave di un'evoluzione del costume, di un superamento della vecchia morale sessuale repressiva, della crisi irrimediabile della tavola dei valori tradizionali ecc.: tutte formule che, nella loro vaghezza, colgono certamente alcuni dati reali. Se, però, volessimo provare ad individuare una causa prima, credo che quest'ultima possa rintracciarsi in quella trasmutazione del mercato dal suo ambito originario e, insieme con esso, della sua declinazione giuridica, ovvero quel principio di autonomia che annette a sé nuovi territori sempre allorché si tratti di emancipare qualcuno (servi della gleba, contadini, donne) dai vincoli feudali per consentirgli di partecipare a pieno titolo ai giochi dello scambio.

4. Proviamo a riepilogare. Quella di autonomia è una nozione cardine del diritto moderno, che si colloca esatta-

(2) Beck-Beck Gernsheim, *ibidem*.

mente al punto di incrocio tra l'astrazione del soggetto di diritto e l'astrazione della forma di merce e dello scambio, come principio costitutivo della nuova economia politica borghese. Come accade regolarmente alle categorie giuridiche della modernità, ciò che in origine si presenta come caratterizzato da una sanguigna concretezza (la cura dei propri interessi economici) viene trasformato in un principio formale (l'autonomia privata, la libertà di contrarre) che, in pari tempo, identifica un'attribuzione astratta della persona come soggetto di diritto.

L'enorme potenza espansiva di cui la regola di autonomia viene investita in quanto principio formale è circoscritta, almeno all'inizio, alla sola sfera delle relazioni di scambio, per il resto continuando ad essere retta la società e, in particolare, la sfera sessuale-riproduttiva, da un'istanza biopolitica di stampo decisamente gerarchico-autoritario. Questo assetto non regge all'urto delle profonde trasformazioni imposte dall'evoluzione del capitalismo il quale è modo di produzione che, per la sua interna ed inarrestabile logica colonizzatrice, non tollera la sopravvivenza di mondi vitali programmaticamente sottratti alla produzione e al consumo delle merci. Esso, pertanto, irrompe sulla scena delle relazioni di genere, riscrivendone gli originari equilibri ormai non più compatibili con l'obiettivo di estendere « anche al progetto di vita delle donne le esigenze di normalità biografica del mercato » (3).

Le conseguenze di tutto questo sono enormi perché la liberazione della forza lavoro femminile dai vincoli feudali che, ancora per tutto l'ottocento, l'avevano costretta entro gli angusti confini delle mura domestiche, presuppone, come ovvio, l'estensione del principio di autonomia ad un ambito cui esso, in precedenza, era rimasto, *de iure* o *de facto*, estraneo.

Si compie, in questo modo, il progetto emancipatorio-egualitario iscritto nella formalizzazione del principio di autonomia e nella parallela sua ascrizione allo statuto della soggettività giuridica. Al tempo stesso, però, disancorato dal suo originario e coeso quadro di riferimento, quel principio, la cui natura di pura forma trovava un contrappeso nel suo essere destinato ad operare entro uno spazio ampio, ma circoscritto,

(3) U. Beck-E. Beck Gernsheim, *ibidem*.

quello delle relazioni di scambio, si trasforma in una sorta di gigantesco contenitore, in grado di recepire e legittimare qualsiasi rivendicazione.

5. La vicenda che, sia pure per sommi capi, ho provato a descrivere nei due §§ precedenti, ne incrocia un'altra, parimenti cruciale nella storia del XX secolo. Alludo alla circostanza per la quale le costituzioni, a partire da quella di Weimar, ma ancor più quelle del secondo dopoguerra, si presentano ormai come vere e proprie tavole di valori — spesso tra loro confliggenti almeno quanto le società di cui sono espressione — non soltanto immediatamente impegnative per il legislatore ma anche immediatamente efficaci nei rapporti interprivati (cosiddetta *Drittwirkung*) (4).

A differenza di quelle dell'ottocento, le costituzioni lunghe del novecento, infatti, non si limitano a scolpire l'assetto istituzionale dello stato, ed a perimetrare una zona di inviolabile immunità dei singoli rispetto ad un'autorità pubblica sempre potenzialmente debordante, ma contengono un progetto di società, alla cui realizzazione tutti gli attori che si muovono sulla affollata scena del circuito politico, giuridico e sociale (legislatore, pubblica amministrazione, magistratura, imprese, partiti, sindacati, famiglie, privati) sono chiamati a dare il loro contributo. La società immaginata dalle costituzioni del dopo Auschwitz è una società in cui al riconoscimento dei « diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali » si accompagna « l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale » secondo la splen-

(4) «I « valori fondamentali » della Costituzione hanno un modo di essere diverso da quello del diritto positivo: non valgono in quanto « posti », ma per se stessi, indipendentemente dalla loro concretizzazione in programmi normativi di azione. Non si può dire, perché la contraddizione non lo consente, che il « legislatore statale positivizza una norma sovrapositiva ». Ciò che viene « positivizzato », con un atto di volontà dello stato espresso nella legge fondamentale, è il vincolo del diritto positivo a valori metalegislativi, il rinvio ad essi come misure di « diritto giusto », a principi regolativi dell'attività di formazione delle leggi e dell'attività giurisprudenziale di sviluppo del diritto positivo per la soluzione di nuovi problemi di decisione»: L. Mengoni, *Diritto e valori* (Bologna 1985), 6-7.

dida formulazione dell'art. 2 Cost. che rende plasticamente un'idea forte ed impegnativa di legame sociale, in base alla quale l'apertura all'altro è condizione imprescindibile di attingimento della propria individualità, e viceversa.

Questa fusione dei due orizzonti che la semantica politica, filosofica e giuridica della prima modernità borghese aveva tenuto rigorosamente distinti (pubblico v. privato, società politica v. società civile) (5), oltre che in orizzontale, si propone anche, per così dire, in verticale, là dove, all'art. 3, comma 2° Cost., si legge che « è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese ». Qui è chiarissimo come il « pieno sviluppo della persona umana », al pari della « effettiva partecipazione ecc. » siano considerati, dal legislatore costituente, emanazione e sviluppo dei due fondamentali principi di libertà ed eguaglianza.

L'antropologia costituzionale, dunque, già dagli esordi del testo, esibisce un tratto di marcata relazionalità che si riproduce poi, perfino, nel cuore stesso dell'ordine economico e giuridico capitalistico, là dove, ai sensi dell'art. 41, comma 2° Cost., l'iniziativa economica privata, per quanto libera, « non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana »; mentre, ai sensi dell'art. 42, comma 2° « la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti ». Ne discende che i diritti riconosciuti ai singoli (si vedano, in particolare, gli artt. 13 e ss. Cost.) se, da un lato, continuano ad assolvere alla loro funzione primigenia, di barriera contro gli abusi del potere pubblico, dall'altro lato intendono promuovere un individuo, oltre che libero, solidale e cooperativo, per il quale il go-

(5) Cfr., al riguardo, il saggio di N. Bobbio, *Gramsci e la concezione della società civile*, Gramsci e la cultura contemporanea, I, a cura di P. Rossi (Roma 1975), 75 s.

dimento di quei diritti rappresenta il presupposto indefettibile di un pieno dispiegarsi della sua vocazione sociale.

Il superamento che, per questa via, si attua di una concezione puramente difensiva dei diritti fondamentali, avrebbe potuto porre capo ad un parallelo superamento del paradigma formalista della soggettività giuridica, non più soltanto funzione logica del sistema normativo, ma anche punto di coagulo dell'insieme dei valori ai quali si sarebbe dovuto ispirare il programma costituzionale di trasformazione permanente dell'ordine sociale ed economico. L'uomo che le costituzioni del dopo Auschwitz lasciano intravedere è, per usare una formula ormai risalente ma sempre efficace, persona inserita all'interno di una comunità: una persona alla quale la Legge Fondamentale rivolge la promessa di una piena fioritura della sua individualità (così il già richiamato disposto dell'art. 3, comma 2° Cost.), destinata a compiersi, però, soltanto nel quadro di una evoluzione e di una crescita collettive. Insomma, un diverso modo di essere individuo (diverso rispetto all'antropologia protoborghese) che implica un diverso modo, non escludente ma accogliente, di stare insieme agli altri.

È evidente che, a differenza dell'(apparentemente) esangue soggetto di diritto delle codificazioni ottocentesche, la nuova persona costituzionale, ricca ormai di attributi densissimi (ricapitolati, come si è visto, nelle formule degli artt. 2 e 3, comma 2° c.c.) non si sarebbe mai lasciata esaurire dal principio di autonomia, dovendo considerarsi, in questa prospettiva, il potere di autodeterminarsi riconosciuto al singolo uno strumento di partecipazione alla vita di relazione, una epifania della sua socialità, e non anche l'elemento costitutivo della sua identità.

6. Naturalmente, l'attuazione del progetto costituzionale è vicenda in larga misura consegnata alla dimensione della storia e della politica: essa, pertanto, sarebbe dipesa, in primo luogo, da equilibri esterni al sottosistema giuridico e propri, viceversa, di altri sottosistemi sociali, a cominciare, appunto, da quello politico. E, in effetti, se si guarda alla storia repubblicana, è agevole accorgersi che il pendolo costituzionale, nel corso di questi sessanta anni, ha oscillato in una pluralità di

direzioni: ad un primo decennio, di sostanziale congelamento della Carta, ha fatto seguito la stagione del "disgelo costituzionale" (6), caratterizzata, fondamentalmente, dall'ingresso a pieno titolo sulla scena istituzionale della Consulta. E non è un caso che in questa prima fase, l'effettività del testo costituzionale abbia avuto una cifra marcatamente giurisdizionale, essendosi tradotta in una serie di pronunzie di illegittimità di norme penali, ma anche civili, che aprivano la strada all'affermazione o alla attuazione dei diritti di libertà sanciti dalla Carta del '48.

Tuttavia, all'interno della stagione del disgelo è possibile individuare una seconda fase in cui l'effettività della Legge fondamentale pone capo anche al varo di alcuni importanti provvedimenti legislativi — dallo Statuto dei lavoratori, all'attuazione delle regioni a statuto ordinario, dalla riforma del sistema delle autonomie locali a quella istitutiva del servizio sanitario nazionale, dalla programmazione economica alla disciplina dell'equo canone — che incarnano una *policy* costituzionale di segno chiaramente riformatore, connotata da una forte espansione non soltanto delle libertà, ma anche dei poteri attribuiti ai cittadini: poteri di partecipazione al circuito delle decisioni pubbliche, e di accesso al godimento di beni considerati essenziali, come la casa e la salute.

Si può dire, con tutte le inevitabili e grossolane semplificazioni del caso, che le due fasi in cui si articola la stagione del disgelo — quella giurisdizionale e quella politico-legislativa — si ricolleghino alle previsioni di cui all'art. 2 e, rispettivamente, all'art. 3, comma 2° Cost. (7). Entrambe figlie del più generale processo di trasformazione della società italiana avviatosi a

(6) V., al riguardo, A. Pizzorusso, *Il disgelo costituzionale*, Storia dell'Italia repubblicana, 2** (Torino 1995), 115 s.

(7) Da questo punto di vista, lo Statuto dei lavoratori si colloca in una posizione mediana tra le due fasi di cui si parla nel testo perché esso se, per un verso, introduce una serie di garanzie a presidio della libertà del lavoratore subordinato in fabbrica (si vedano, ad es., gli artt. 1-6), per altro verso si propone come obiettivo quello di riequilibrare il rapporto contrattuale tra le parti, con misure a sostegno del soggetto debole come, ad es., il famoso art. 18 (reintegrazione nel posto di lavoro) o anche, sia pure in una logica che trascende il piano del singolo rapporto, l'art. 28 in materia di repressione della condotta antisindacale.

partire dalla fine degli anni cinquanta, esse, però, mettono l'accento su registri diversi dello spartito costituzionale: e se la prima mette capo ad un generale ampliamento degli spazi di libertà, la seconda sembra prefigurare una possibile redistribuzione del potere (politico ed economico), a tutto vantaggio dei ceti più deboli: un obiettivo, questo, che implica necessariamente, per converso, una riduzione degli spazi di autonomia da sempre riservati ai soggetti forti dell'ordine borghese: proprietari e imprenditori.

7. A partire dagli anni ottanta, in coincidenza con la grande *revanche* neoliberista, il processo di attuazione costituzionale ha assunto, però, una diversa direzione di marcia, incanalandosi all'interno di un paradigma interpretativo ed applicativo decisamente più sensibile alle parole d'ordine della concorrenza e del mercato. Il "pensiero unico" imposto, su scala planetaria, dalle grandi agenzie del capitale (in primo luogo, la Banca Mondiale) ha trovato, su scala europea, il suo corrispondente nell'UE: anzi, qui il fenomeno si è presentato, e si presenta, con tratti di particolare crudezza, là dove la costruzione di uno spazio economico europeo ha, almeno sino ad ora, in larghissima misura, neutralizzato il più ambizioso tentativo di dar vita ad una nuova entità politica, di talché alla carica di coercitività che sempre si accompagna ad una riforma economica si è aggiunto il surplus di violenza insito nel progetto di un nuovo ordine giuridico-istituzionale.

L'impatto di questa vicenda sulla nostra Costituzione è stato molto duro: e sebbene, alla fine, abbia prevalso l'idea secondo cui la costituzione economica europea sarebbe perfettamente compatibile con quella nazionale (8), non vi è dubbio che lo slancio riformatore, almeno per come si era manifestato nel corso degli anni sessanta e, ancor più, degli anni settanta, si sia esaurito, lasciando spazio a *policy* legislative e giurisprudenziali impegnate, prevalentemente e comprensibilmente, nella implementazione del diritto comunitario, primario e secondario. In altre parole, e per semplificare, si può dire che gli

(8) In questo senso, da ultimo, A. Albanese, *Contratto, mercato, responsabilità* (Milano 2008), 3 s.

anni ottanta registrino la rottura dell'equilibrio tra libertà ed eguaglianza che aveva caratterizzato, come si è visto, la stagione del disgelo costituzionale: una rottura che si consuma a tutto vantaggio del primo dei due termini di quella relazione, ciò che, a livello della nuova *Rangordnung* costituzionale, si traduce in un indiscusso primato dei diritti fondamentali della persona, dei quali torna a prevalere, ormai, una lettura in chiave decisamente individualistica.

A proposito del quale primato, deve ricordarsi come, in modo del tutto speculare, la decisione del Consiglio Europeo di Colonia (3-4 giugno 1999), relativa alla elaborazione della Carta dei diritti fondamentali, affermi che « la tutela dei diritti fondamentali costituisce un principio fondatore dell'Unione Europea e il presupposto indispensabile della sua legittimità » (9). La circostanza che i diritti fondamentali vengano invocati come fonte di legittimazione etico-politica assume un significato particolare se posto accanto all'indubbio deficit di democrazia di cui l'UE soffre, lasciando chiaramente intravedere i contorni di un modello di rapporto tra governanti e governati o, se si preferisce, tra potere pubblico e società civile, di impianto decisamente verticale. Ma, a ben vedere, questo modello riveste ormai la dignità di un paradigma generale là dove, ad un principio democratico ormai ovunque recessivo, si va sostituendo, quale nuovo fondamento della convivenza civile, il trionfo tecnocrazia-mercato-diritti fondamentali (10).

8. Così, per la seconda volta nell'arco della sua storia moderna, il principio di autonomia si è ritrovato sostanzialmente padrone del campo e libero di sprigionare la sua enorme forza performatrice. Era già accaduto, come si è visto, quando, nel passaggio dal primo al secondo capitalismo, lo

(9) Sul punto si v. S. Rodotà, *Un codice per l'Europa?*, Codici. Una riflessione di fine millennio (Milano 2002), 570 s.

(10) Osservazioni a mio avviso molto acute sul nesso che lega la retorica dei diritti ed il neoliberismo si leggono in D. Harvey, *Breve storia del neoliberismo* (Milano 2007), 201-202 il quale, tra l'altro, rileva giustamente come di quella retorica siano rimasti prigionieri anche i movimenti d'opposizione « che non riescono ad uscire dalla struttura concettuale neoliberista ».

sviluppo delle forze produttive aveva travolto i vincoli feudali e liberato la forza lavoro femminile, con la conseguente colonizzazione dei mondi vitali risparmiati dall'industrializzazione delle origini; è accaduto di nuovo nello scorcio del XX secolo, quando la controffensiva capitalistica ha mandato in soffitta, insieme con il socialismo reale, anche il compromesso socialdemocratico e, con entrambi, l'idea stessa che la logica del mercato possa essere bilanciata da un qualche contrappeso, che non sia del tutto interno ad essa e funzionale ad una sua piena e soddisfacente esplicazione (come è, paradigmaticamente, nel caso della disciplina *antitrust* o di quella a tutela del consumatore).

Il lungo discorso che precede, per quanto apparentemente lontano dai territori della bioetica e del biodiritto, in realtà serve a comprendere la ragione per la quale — allorché a seguito degli impetuosi e mirabolanti progressi della scienza e della tecnica, il nascere ed il morire da fatti naturali quali erano, per intero iscritti entro l'orizzonte della necessità, si sono aperti alla dimensione del possibile e, quindi, della scelta — la concettualizzazione dei correlativi problemi di ordine morale e giuridico abbia avuto luogo all'insegna del principio di autonomia.

Naturalmente, da un certo punto di vista, è perfino ovvio che le persone interessate dicano la propria su questioni come l'aborto, la fecondazione assistita, il prolungarsi della vita anche quando essa sia stata lasciata del tutto, e per sempre, dalla coscienza: su queste, e su tutte le altre questioni che, tradizionalmente ormai, compongono il quadro della bioetica. Voglio dire, però, che l'imporsi di tali questioni come problemi drammatici, capaci di scuotere la sensibilità e la vita dei singoli e, in pari tempo, di ridefinire i tratti identitari della specie, è fenomeno che si verifica in un tempo storico dominato da quella particolare, ma del tutto coerente, declinazione del "pensiero unico" riconducibile, appunto, al principio di autonomia: e che la primazia di quest'ultimo, insidiata solo dalla stanca, e talvolta puramente strumentale, riproposizione di forme di pensiero premoderne (11), abbia in larga misura condizionato il modo stesso di impostare il discorso bioetico e biogiuridico.

(11) Ispirate, per lo più, all'idea di uno speculare primato della "na-

9. Un esempio di quanto pervasiva e, al contempo, fuorviante, possa risultare l'applicazione del principio di autonomia a questa materia — tanto pervasiva e fuorviante da porre capo ad una negazione di quel medesimo principio — lo offre proprio la celebre pronunzia con la quale la Cassazione, nell'ottobre del 2007 ha, da un lato, sancito la legittimazione del tutore di un soggetto che versi in stato vegetativo permanente a chiedere l'interruzione dell'alimentazione e idratazione con sonda nasogastrica somministrate al malato e, dall'altro lato, individuato i presupposti in presenza dei quali il giudice può disporre tale autorizzazione (12). Si tratta della sentenza che ha chiuso il caso di Eluana Englaro, sentenza ben nota all'opinione pubblica anche per avere provocato un conflitto tra esecutivo e Quirinale senza precedenti nella storia repubblicana (13).

È innegabile che i giudici della S.C. si siano molto impegnati nel tentativo di pervenire ad una soluzione ragionevole in una materia delicatissima, sia dal punto di vista tecnico-giuridico sia, come ovvio, dal punto di vista etico. Inoltre, l'accusa loro rivolta da alcuni settori del mondo politico, di avere usurpato prerogative del Parlamento — accusa tradottasi nella de-

tura", esse rivelano tutta la loro debolezza, in primo luogo cognitiva, di fronte a processi come il nascere, il vivere ed il morire, ormai pesantemente interferiti da tecnologie sofisticatissime, che di naturale, almeno *prima facie*, non hanno proprio più nulla. Con questo non voglio dire che le bioetiche meno permissive, o meno liberali, (ad es., quella cattolica romana) siano sempre riducibili a tali forme di pensiero, ben potendo rivelare esse anche una genuina, sebbene non incondizionata, attenzione per il valore dell'autonomia della persona. Dico, però, che nel dibattito pubblico, al di fuori della cerchia degli specialisti, il grande, ma in realtà debole, antagonista del principio di autonomia si presenta, il più delle volte, sotto la specie di un più o meno esplicito appello al canone della natura delle cose.

(12) Cass. 16-10-2007 n. 21748, Foro it., 2007, I, 3025, con nota di G. Casaburi. Ma la sentenza è stata pubblicata e commentata su tutte le principali riviste giuridiche italiane.

(13) Infatti, la successiva Cass. s.u. 13-11-2008 n. 27145, NGCC, 2009, I, 223 s., si è limitata a risolvere un problema di ordine strettamente processuale, negando la legittimazione del Procuratore Generale presso la Corte d'Appello ad impugnare il decreto con il quale la Corte d'Appello di Milano, con decreto 9-7-2008 (Foro it., 2009, I, 37) aveva effettivamente autorizzato l'interruzione di alimentazione e idratazione.

cisione del Senato e della Camera dei Deputati di sollevare il conflitto tra i poteri dello Stato di fronte alla Corte costituzionale ai sensi dell'art. 134 Cost. — suona per molti aspetti grottesca, dal momento che la Cassazione ha interpretato ed applicato le norme ritenute rilevanti ai fini della decisione del caso di specie (14). Sotto questo profilo ha perfettamente ragione Rodotà quando osserva che « la Cassazione, e gli altri giudici, non hanno “creato” regole. Hanno estratto dal sistema tutti gli elementi che impongono il riconoscimento dell'autonomia delle persone, e questo implica una serie di conseguenze » (15).

In realtà, la sentenza Englaro appartiene ad una tipologia di pronunzie della S.C. già ben nota all'esperienza giuridica italiana ed il cui prototipo è rappresentato dalla celeberrima pronunzia sul caso Soraya (16) la quale, come è noto, tenne a battesimo il diritto alla riservatezza. Anche in quell'occasione, come in questa, la Cassazione, sulla base di un'interpretazione di plurimi ed eterogenei indicatori normativi — un'interpretazione orientata e, per ciò, resa sistematica, dal continuo riferimento all'art. 2 Cost. — pervenne alla estrazione o, se si prefe-

(14) Come era ampiamente prevedibile, la Corte Costituzionale, con ordinanza dell'8-10-2008 n. 334 (Giust. civ., 2008, 2711) ha dichiarato inammissibili i ricorsi proposti dai due rami del Parlamento (ricorsi che avevano investito anche il decreto della Corte d'Appello con il quale, come si è visto, era stata autorizzata l'interruzione di alimentazioni e idratazione artificiali) osservando, tra l'altro, che « un conflitto di attribuzione nei confronti di un atto giurisdizionale non può ridursi alla prospettazione di un percorso logico-giuridico alternativo rispetto a quello censurato, giacché il conflitto di attribuzione non può essere trasformato in un atipico mezzo di gravame avverso le pronunce dei giudici ». Sulla stessa lunghezza d'onda si v. anche T.A.R. Lombardia 26-1-2009, NGCC, 2009, I, 279 s., che accoglie il ricorso del tutore della signora Englaro contro l'atto del Direttore Generale della Direzione generale Sanità della Giunta Regionale Lombardia del 3 settembre 2008, il quale aveva escluso che il personale del Servizio Pubblico Sanitario Regionale potesse procedere, all'interno di una delle sue strutture alla sospensione del sostegno vitale (idratazione ed alimentazione artificiale) somministrato all'ammalato in stato vegetativo permanente per quanto questi, tramite manifestazione di volontà del tutore ed autorizzazione del Giudice tutelare, avesse inteso rifiutare tale trattamento.

(15) S. Rodotà, *Perché laico* (Roma-Bari 2009), 103.

(16) Cass. 14-5-1975 n. 2129, Foro it., 1976, I, 2895.

risce, alla costruzione di una *regula iuris* che, certo, non può considerarsi alla stregua di una pura e semplice applicazione del diritto vigente: ma questo è il prezzo, per così dire, da pagare alla *Drittwirkung*, ossia alla immediata operatività dei principi costituzionali la quale dilata, ed anzi, proprio trasforma la qualità del lavoro sulle norme che le corti, specie quelle superiori, sono chiamate a svolgere (17).

Tutto questo, naturalmente, non è di alcun pregiudizio alla sovranità del Parlamento in materia legislativa: ma se il Parlamento rimane inerte, non si può accusare la magistratura di invasione di campo soltanto perché applica la legge (anche se questo significa provare a colmare una lacuna), tanto più che, come molto saggiamente ha ricordato il T.A.R. Lombardia, « il Giudice, anche in assenza di una norma positiva espressa, non potrebbe mai ritenersi assolto dal dovere di decidere sulla richiesta di accertamento del diritto invocato dal soggetto di diritto (c.d. divieto del *non liquet*) giacché, attraverso la tecnica di interpretazione, egli deve sempre “dare conto” della esistenza o meno del diritto a chi lo interpellare » (18).

Sgomberato il campo dalla inesistente questione della legittimità della pronunzia *de qua*, frutto solo della diffusa incultura istituzionale che spinge classi dirigenti di proclamata fede liberale a mettere in non cale perfino il basilare principio della separazione dei poteri, è tempo ora di passare ad un più ravvicinato esame del merito di Cass. 27148/2007.

L'argomentazione sviluppata dai giudici della S.C., per quanto complessa, si lascia ricondurre ad alcuni passaggi fondamentali.

(17) Su questa tipologia di sentenze mi permetto di rinviare a L. Nivarra, *Diritto privato e teorie analitiche del diritto*, in questa *Rivista*, 2005, 949-950 s. In realtà, come osservo più avanti, Cass. 16-10-2007 n. 21748 cit. (v. nt. 51 e testo corrispondente) sembra segnare un ulteriore salto di qualità nell'uso dell'argomento costituzionale anche se questo, di per sé, non ne fa qualcosa di diverso da una sentenza.

(18) Per una ricostruzione di questi aspetti, più strettamente politico-istituzionali, della vicenda, v. A. Santosuoso, *Sulla conclusione del caso Englaro*, NGCC, 2009, II, 127 s. Per una rapida disamina degli aspetti di maggior rilievo processualciviltistico v., invece, R. Caponi, A. Proto Pisani, *Il caso E.; brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*, Foro it., 2009, I, 984 s.

Il primo, nel quale può ravvisarsi senz'altro la premessa maggiore di tutto il ragionamento, è rappresentato dal richiamo al principio del consenso informato. Quest'ultimo, emanazione diretta degli artt. 2, 13 e 32 Cost., è accolto in varie norme di diritto interno (artt. 1 e 33 l. n. 833/1978, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale) e sovranazionale (art. 5 della Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, meglio nota come Convenzione di Oviedo; art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, meglio nota come Carta di Nizza), dall'art. 35 del codice di deontologia medica del 2006, e, infine, dalla giurisprudenza della stessa Cassazione (19).

Ad avviso della S.C. — ed è questo il secondo passaggio fondamentale in cui si articola il suo ragionamento — « il consenso informato ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale ». Anche per questo ulteriore sviluppo del principio in oggetto, il fondamento viene ravvisato nell'art. 32, comma 2° Cost. e nella immunità, ivi consacrata, da trattamenti sanitari obbligatori; immunità che può essere neutralizzata solo sulla base di una espressa disposizione di legge e sempre nei limiti della inderogabile osservanza del rispetto della persona umana.

La Corte, poi, anche attraverso il richiamo ad alcuni importanti precedenti interni (20) e internazionali, si premura di chiarire che il rifiuto delle terapie si fonda sull'« esistenza, non

(19) Secondo una recentissima pronunzia della Corte Costituzionale (23-12-2008 n. 438, www.cortecostituzionale.it) quello del consenso informato deve ormai considerarsi un principio fondamentale in materia di tutela della salute, giacché il suo trovare fondamento negli artt. 2, 13, 32 Cost. ne « pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute ».

(20) Tra cui il celebre caso di Maria, una donna che aveva rifiutato di farsi amputare una gamba, pur nella piena consapevolezza che ciò avrebbe, con presso che assoluta certezza, provocato la sua morte. Ribadendo un orientamento consolidato, la cassazione aveva affermato che il medico che opera il paziente, contro la volontà informata di questi, si rende responsabile di violenza privata (Cass. 29-5 — 11-7-2002, Riv. pen., 2002, 75).

di un diritto generale ed astratto ad accelerare la morte, ma (sul) diritto all'integrità del corpo e a non subire interventi indesiderati»: ciò, infatti, le consente di tenere nettamente distinta l'ipotesi di rifiuto delle cure da quelle dell'eutanasia attiva e del suicidio assistito.

Dunque, secondo la S.C., è possibile (anzi, è necessario) intendere il principio del consenso informato nel senso di ritenerlo comprensivo della facoltà, per il malato, di chiedere l'interruzione del trattamento terapeutico anche quando questo implichi la sua morte. Questa regola vale, sempre ad avviso della Cassazione, anche qualora il paziente, privo di coscienza, non sia in grado di esprimere il suo consenso. Infatti, la « cura della persona », di cui all'art. 357 c.c. in materia di tutela dei minori e richiamata anche dall'art. 424, comma 1° c.c., in materia di interdizione e inabilitazione, comporterebbe, per il tutore, anche la cura degli interessi non patrimoniali dell'incapace (21). Indici normativi inequivoci al riguardo si ricaverebbero dalla contigua disciplina dell'amministrazione di sostegno e, in particolare, dall'art. 405, comma 4° c.c. (22), dall'art.

(21) La Cassazione, quindi, su questo punto delicatissimo, supera le perplessità che l'avevano spinta, una prima volta, a dichiarare inammissibile il ricorso proposto dal tutore della Sig.ra Englaro, anche in ragione della circostanza della inesistenza in capo al medesimo di una potestà di rappresentanza dell'interdetto estesa anche ai cosiddetti atti personalissimi e della necessità di nominare un curatore speciale (Cass. 20-4-2005 n. 8291, Foro it., 2005, 2359, con nota di De Marzo). In senso conforme alla lettura estesa della formula « cura della persona » si era espressa già la Corte d'Appello di Milano (decr. 16-12-2006, Foro it., 2007, I, 571, con nota di G. Casaburi).

(22) Il quale, effettivamente, sembra investire il giudice tutelare, al momento della nomina dell'amministratore di sostegno, della potestà di indicare a quest'ultimo, tra quelli da compiere nell'interesse della persona, anche atti di natura non patrimoniale. Al riguardo merita di essere ricordato il caso deciso da Trib. Modena (decr.) 13-5-2008, Foro it., 2008, 2318, relativo ad una paziente affetta da SLA, la quale aveva manifestato ai familiari e ai medici la volontà di non essere sottoposta, ove fosse stato necessario, a trattamenti di rianimazione invasivi, compresa la tracheotomia. Avendo poi la signora, a seguito di una crisi respiratoria, effettivamente perso la coscienza, il marito è stato nominato amministratore di sostegno con lo specifico compito di negare il consenso a praticare ventilazione forzata e tracheotomia, e di chiedere ai sanitari di apprestare le cure palliative più efficaci per lenire le sofferenze della donna. Più in generale, sul ruolo che l'amministratore di

4 d.lgs. n. 211/2003 (23), dell'art. 13 l. n. 194/1978 (24) e, infine, dall'art. 6 della Convenzione di Oviedo (25), oltre che, ancora una volta, da alcuni precedenti della medesima Cassazione.

Il terzo, cruciale, passaggio del ragionamento della S.C. discende dalla necessità di adattare i meccanismi operativi dell'istituto civilistico della rappresentanza ad una fattispecie nella quale il bene inciso dalla decisione del tutore è lo stesso corpo dell'incapace, in quanto oggetto della pratica medica. I giudici, in altri termini, sanno che assecondare fino in fondo la logica paternalistica della rappresentanza rischia di trasformare il tutore, in quanto depositario *ex lege* dell'interesse dell'incapace, nell'effettivo, solo titolare del potere di richiedere la sospensione del trattamento sanitario. Da qui, l'introduzione di un (apparente) correttivo in forza del quale « nel consentire al trattamento medico o nel dissentire dalla prosecuzione dello stesso sulla persona dell'incapace, la rappresentanza del tutore è sottoposta a un duplice ordine di vincoli: egli deve, innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace; e, nella ricerca del best interest, deve decidere non "al posto" dell'incapace né "per" l'incapace, ma "con" l'incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri

sostegno può svolgere in situazioni di fine vita (o affini), v. E. Palmerini, *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*, Riv. dir. civ., 2008, II, 383.

(23) Ai sensi del quale la sperimentazione clinica degli adulti incapaci che non hanno dato o non hanno rifiutato il loro consenso informato prima che insorgesse l'incapacità, è possibile a condizione che, tra l'altro, « sia stato ottenuto il consenso informato del legale rappresentante », un consenso che rappresenti « la presunta volontà del soggetto ».

(24) Il quale prevede la possibilità che la richiesta finalizzata alla interruzione della gravidanza sia formulata dal tutore dell'interdetta, e confermata dalla donna; ovvero che, se proveniente direttamente dalla donna, venga comunque sentito il tutore.

(25) Ai sensi del quale « Sotto riserva degli articoli 17 e 20, un intervento non può essere effettuato su una persona che non ha capacità di dare consenso, se non per un diretto beneficio della stessa. Quando, secondo la legge, un minore non ha la capacità di dare consenso a un intervento, questo non può essere effettuato senza l'autorizzazione del suo rappresentante, di un'autorità o di una persona o di un organo designato dalla legge ».

da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche ».

A sostegno di questa soluzione, la Cassazione richiama, ancora una volta, l'art. 6 della Convenzione di Oviedo (26), l'art. 4 d.lgs. n. 211/2003 ed anche alcuni noti precedenti, ispirati ora al criterio del *substitutive judgment test* (i casi nordamericani Quinlan e Cruzan, e quello tedesco deciso dalla sentenza del BGH, 17 marzo 2003), ora al criterio del *best interest* (il caso inglese Bland).

Infine, dopo aver risolto in senso positivo l'altra questione che, in precedenza, era stata individuata come fondamentale, ossia quella relativa alla possibilità di assimilare alimentazione e idratazione artificiali ad un trattamento sanitario — in difetto della quale assimilazione non ci potrebbe utilmente appellare all'art. 32, comma 2° Cost. — la S.C. perviene all'esito del suo elaborato iter argomentativo formulando il principio di diritto alla stregua del quale « ove il malato giaccia da moltissimi anni (nella specie, oltre quindici) in stato vegetativo permanente, con conseguente radicale incapacità di rapportarsi al mondo esterno, e sia tenuto artificialmente in vita mediante un sondino nasogastrico che provvede alla sua nutrizione ed idratazione, su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario (fatta salva l'applicazione delle misure suggerite dalla scienza e dalla pratica medica nell'interesse del paziente), unicamente in presenza dei seguenti presupposti: (a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione

(26) Curiosamente, la S.C. non richiama, invece, l'art. 9 della Convenzione di Oviedo, alla stregua del quale « i desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione ».

del mondo esterno; e (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona. Ove l'uno o l'altro presupposto non sussista, il giudice deve negare l'autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato e dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa ».

10. Sorvolerò sulla questione, pure decisiva, come si è già detto, ai fini della possibilità di invocare l'art. 32, comma 2° Cost., concernente l'equiparazione di alimentazione e idratazione artificiali ad un trattamento sanitario, anche se al riguardo, da profano, mi sentirei di condividere l'orientamento espresso dalla Cassazione e propugnato, se non ho inteso male, dalla maggioranza della comunità scientifica. Mi sembra, invero, difficile negare che, se qualcuno non è più in grado di deglutire, e può essere alimentato solo attraverso l'impiego di dispositivi, procedure e composti individuati da un medico, la pratica in oggetto integri gli estremi del « trattamento sanitario » ex art. 32, comma 2° Cost. (27).

Molto più interessante o, almeno, molto più abbordabile, per il giurista è il punto relativo al consenso informato — declinazione di settore del più generale principio di autonomia/autodeterminazione — attorno al quale, del resto, ruota tutto il ragionamento della S.C. Ora, devo dire che, sotto questo

(27) Su questo tema nel nostro paese si sono avuti, negli ultimi, due pronunciamenti di segno opposto: il primo, favorevole all'assimilazione, della Commissione istituita dall'allora Ministro della Sanità, prof. Umberto Veronesi, con decreto 20 ottobre 2000; il secondo, contrario, della maggioranza del Comitato Nazionale di Bioetica (parere del 30 settembre 2005). Un'efficace sintesi della questione offre, da ultimo, C.A. Defanti, *Eluana, verità e disinformazione*, Micromega, 2, 2009, 87 s.

profilo, Cass. 21748/2007 presenta non pochi motivi di perplessità. Proverò a riassumerli schematicamente, per poi cominciare a trarre qualche conclusione, non senza un *caveat* preliminare circa la sensazione di angustia che l'approccio tecnico-giuridico al tema è destinato a suscitare: una sensazione tanto inevitabile, quanto ingiustificata e incoerente, nella misura in cui il processo di giurificazione di questi ambiti implica, piaccia o non piaccia, l'assoggettamento dei medesimi ai vincoli propri di una specifica modalità di impostazione del ragionamento pratico che non sono o, quanto meno, non dovrebbero essere, nella disponibilità dell'interprete.

a) In primo luogo, non si può fare a meno di osservare che il consenso della persona una volta capace, dal quale dipenderebbe la successiva investitura del tutore a chiedere l'interruzione del trattamento sanitario, costituisce, nella prospettiva delineata dalla S.C., oggetto di un accertamento puramente indiziario. In proposito si è parlato di « volontà per sentito dire » (28); e non a torto, perché l'errore che la Cassazione compie è proprio quello di sostituire ad una regola sulla manifestazione della volontà (29) di non essere più curati — regola allo stato non presente nel nostro ordinamento giuridico — con una regola sull'accertamento di quella medesima volontà, che, nella sostanza, viene operato applicando la disciplina dettata dall'art. 2729 c.c. in materia di presunzioni semplici.

Ora, anche a voler lasciare da canto il problema della ammissibilità di una prova su base presuntiva di una dichiarazione negoziale — ammissibilità assai dubbia visti i limiti che la legge pone già alla prova per testimoni del contratto (art. 2721 ss. c.c.) e visto, altresì, il tenore letterale dell'art. 2729, comma 2° c.c. — il punto è che in assenza di una norma deputata ad individuare esattamente le modalità di manifestazione della volontà di non essere più curati, non si saprebbe neppure verso quale specifico fatto storico orientare l'accertamento

(28) C. Castronovo, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in questa *Rivista*, 2009, 109.

(29) Uso il sintagma "manifestazione di volontà" in modo generico, senza distinguere tra dichiarazione (in senso proprio) e manifestazione (in senso stretto), distinzione per la quale rinvio a V. Scalisi, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo* (Milano 1998), 74 s.

presuntivo: se non al prezzo, pagato dalla S.C., di sostituire al *quid* da accertarsi (ossia, la manifestazione di quella volontà) con il materiale indiziario che, in tesi, servirebbe ad accertarla (appunto, i fatti gravi, precisi e concordanti di cui parla l'art. 2729, comma 1° c.c. e che, nella prosa della Cassazione, diventano gli « elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona ») (30).

Seguendo questa strada, però, si potrà ricostruire, nella migliore delle ipotesi, la *Weltanschauung* (31) a cui la persona si ispirava prima di perdere la coscienza, e non certo una specifica manifestazione di volontà diretta a sottrarsi alle cure mediche per il tempo in cui quella stessa persona non sarà più in grado di autonomamente determinarsi. E la vaghezza, per non dire inconsistenza, di quell'attingimento è, come ho già detto, un effetto inevitabile della irreperibilità, nel sistema giuridico, di una regola che fissi i caratteri che la manifestazione di volontà deve rivestire nel caso di specie. Si badi che una regola del genere è sempre necessaria perché la dialettica legge-autonomia privata prevede che la prima stabilisca le condizioni di riconoscibilità/ricevibilità degli atti provenienti dalla

(30) Beninteso, se le « precedenti dichiarazioni » fossero una chiara, inequivocabile, informata e corredata di un minimo di formalismo, espressione della volontà della persona di rifiutare il trattamento sanitario, allora il discorso prenderebbe una piega diversa. Ma dal contesto si evince chiaramente che non è questo il significato nel quale i giudici del S.C. usano il sintagma « precedenti dichiarazioni ». Un'eclatante conferma di questo assunto offre App. Milano, 9-7-2008, cit., ove è dato di leggere « da ciò risulta chiaro che, nello strutturare ed enunciare il principio di diritto, la Suprema Corte non ha ritenuto che fosse indispensabile la diretta ricostruzione di una sorta di testamento biologico effettuale di Eluana, contenente le sue precise dichiarazioni anticipate di trattamento (advance directives), sia pure rese in modo non formale: ma che fosse necessario e sufficiente piuttosto "accertare se la richiesta di interruzione del trattamento formulata dal padre in veste di tutore riflettesse gli orientamenti della figlia" ».

(31) Come ammesso esplicitamente sempre da App. Milano, 9-7-2008, che contiene un accertamento istruttorio tutto fondato sul resoconto del tutore e sulla testimonianza di tre amiche.

seconda: è questo un limite di ordine logico, ancora prima che giuridico, il quale si converte in un onere legale (32) la cui inosservanza può provocare la nullità o, addirittura, l'inesistenza della fattispecie.

È opportuno sottolineare come la regola di cui si discorre, avente ad oggetto la individuazione dei tratti essenziali che una manifestazione di volontà deve rivestire perché possa essere riconosciuta/ricevuta dall'ordinamento giuridico, con tutto ciò che da questo consegue, si dà sempre, e non solo quando la regola *de qua* ponga capo alla istituzione di oneri di forma scritta. Ad es., dall'art. 1326 ss. c.c. si desume che, in linea di massima, un contratto si considera concluso allorché l'accettazione giunga a conoscenza del proponente. Dunque, intanto, perché si dia un contratto è necessario che vi siano una proposta ed un'accettazione. Inoltre, la proposta dovrà contenere tutti gli elementi essenziali del futuro contratto mentre l'accettazione, dal canto suo, dovrà essere in tutto conforme alla proposta, altrimenti varrà come una nuova proposta, inidonea, in quanto tale, a perfezionare la fattispecie.

Ora, date queste regole sulla forma che la volontà diretta alla conclusione di un contratto deve soddisfare, si immagini un giudice che consideri perfezionato il vincolo tra A e B allorché un terzo gli riferisca di avere assistito ad uno scambio di battute durante il quale A si è rivolto a B dicendogli: « Mi piacerebbe comprare la tua macchina, ma non sono disposto a spendere più di € 5.000,00 » e B ha risposto « in effetti, è mia intenzione di venderla, sul prezzo ci possiamo mettere d'accordo ». Evidentemente, quel giudice incapperebbe in un vistoso errore, dal momento che gli atti finalizzati alla conclusione di un contratto devono possedere ben diversi requisiti per poter assurgere alla dignità di proposta e accettazione.

Nel caso Englaro, l'errore della S.C. è ancora più grave, se è possibile, perché, appunto, l'ordinamento giuridico italiano difetta di una regola che individui la specifica tipologia di di-

(32) Così E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Tratt. Vassalli (Torino 1952), 108 per il quale quelli che egli chiama oneri legali si riferiscono, in primo luogo, proprio all'« osservanza della forma o fattispecie legale ».

chiarazione o la specifica tipologia di condotta cui validamente ed efficacemente affidare l'espressione della propria volontà di sottrarsi alle cure mediche, una volta subentrata la irreversibile perdita della coscienza (33).

Né una regola siffatta può ricavarsi dall'art. 5 d.lgs. n. 211/2003 o dall'art. 6 della Convenzione di Oviedo (34). In realtà entrambe queste regole si limitano ad affidare al rappresentante legale il compito di decidere in luogo dell'incapace secondo il criterio del *best interest* di quest'ultimo. Anche il riferimento alla « presunta volontà del soggetto » contenuto nella disposizione indigena è una mera *fictio*, giacché tale ipotetica volontà entra in gioco soltanto quando l'adulto incapace non abbia dato, o rifiutato, il proprio consenso informato alla sperimentazione clinica prima che insorgesse l'incapacità (35). In altri termini, non c'è nessuna volontà da accertare: molto più semplicemente, il tutore deve sforzarsi di immaginare come la persona che egli rappresenta si sarebbe condotta in quella circostanza, avvalendosi a questo fine dello stesso materiale indiziario al quale rinvia Cass. 21748/2007.

La verità è che le norme in questione nulla hanno a che vedere con il consenso informato. Esse assolvono al diverso compito, correttamente individuato dalla Cassazione, di legittimare il rappresentante alla interlocuzione con il medico, e di garantire, in ogni caso, l'instaurarsi, sia pure in sedicesimo, di

(33) È opportuno, altresì, precisare che anche là dove la forma espressiva della volontà si risolve in una manifestazione in senso stretto (o comportamento concludente) è la regola legale a stabilire quali condizioni debbano darsi perché una data condotta integri gli estremi del negozio giuridico, volta per volta, considerato. Emblematico, al riguardo, il caso dell'accettazione tacita dell'eredità (art. 476 c.c.) la quale presuppone il compimento, da parte del chiamato all'eredità, di un atto incompatibile con la volontà di accettare e che egli avrebbe il diritto di fare solo nella qualità di erede; e, ancor più, quello della donazione, vendita e cessione dei diritti di successione da parte del chiamato all'eredità che la norma (art. 477 c.c.) equipara, puramente e semplicemente, all'accettazione dell'eredità.

(34) Sorvolo sulla circostanza che, sebbene autorizzato dal Parlamento, lo Stato italiano non ha ancora ratificato la Convenzione.

(35) V., sul punto, le osservazioni di M.C. Venuti, *Il diritto all'autodeterminazione sanitaria dei soggetti in stato vegetativo permanente: la Corte di Cassazione sul caso di E-E.*, *Famiglia*, 2008, 115 s.

quella « alleanza terapeutica » che costituisce il modello ideale della relazione medico-paziente. In questa prospettiva, vanno collocati i riferimenti alla « volontà presunta » (art. 5 d.lgs. n. 211/2003) o ai « desideri » (art. 9 della Convenzione di Oviedo) del paziente, che valgono ad allargare lo spettro degli elementi sulla base dei quali assumere la decisione terapeutica sino a ricomprendervi le convinzioni etiche, filosofiche, religiose del paziente medesimo. La « volontà presunta » e i « desideri » coincidono esattamente con le precedenti dichiarazioni, con la personalità, con lo stile di vita, con i convincimenti, ossia con tutti quei frammenti della esperienza esistenziale della persona quando era ancora cosciente, che, come si è visto, la S.C. eleva a presupposto indefettibile, insieme con la lunga durata e la irreversibilità dello stato di incoscienza, della autorizzazione giudiziale ad interrompere alimentazione e idratazione artificiali.

È evidente, però, ripeto, che tutto questo con il consenso informato, ossia con l'atto di esercizio del diritto costituzionalmente garantito di consentire o, come nel caso di specie, di rifiutare il trattamento sanitario, non c'entra nulla: la decisione, per quanto arricchita dalla considerazione della (più o meno faticosamente ricostruita) *Weltanschauung* del paziente, rimane il frutto di una scelta del rappresentante. E, del resto, proprio il passo riportato più sopra (36) porta limpidamente alla luce la contraddizione tra il primato, fondativo della *ratio* stessa della sentenza, riconosciuto al consenso informato e il fatto, inoppugnabile, che la decisione, in tesi conforme all'interesse del paziente, di cui ora andrà tutelata anche l'identità morale, promani, comunque, dal solo rappresentante legale: una contraddizione che, a mio avviso, mina la coerenza di tutto il ragionamento della S.C. e che getta su quel « decidere

(36) « Egli (i.e.: il rappresentante legale) deve, innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace; e, nella ricerca del *best interest*, deve decidere non "al posto" dell'incapace né "per" l'incapace, ma "con" l'incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche ».

non "al posto" dell'incapace né "per" l'incapace, ma "con" l'incapace », certo suggestivo, l'ombra di una imbarazzante ipocrisia (37).

b) Il quadro critico delineato in precedenza è destinato ad aggravarsi se solo si consideri che il consenso informato, in generale, ma ancor più nel caso di specie, sta a fondamento di un atto a carattere personalissimo (accettare o rifiutare, perfino *usque ad mortem*, il trattamento sanitario) rientrando nella categoria di quelli per i quali la legge richiede la forma scritta *ad substantiam* (si pensi al riconoscimento del figlio naturale: art. 254, comma 1° c.c.; alla volontà di legittimare un figlio naturale: art. 285, comma 1° c.c.; alla scelta del tutore: artt. 348, comma 1° e 424, comma 3° c.c.; alla riabilitazione dell'indigno: art. 466, comma 1° c.c.) Più in generale, l'art. 587, comma 2° c.c., che certamente ricomprende tutte le ipotesi testé richiamate, subordina l'efficacia delle disposizioni di ultima volontà a contenuto non patrimoniale alla circostanza che esse siano contenute in un testamento, ovvero in una fattispecie negoziale ad elevato tasso di formalismo.

Si potrebbe obiettare che, a differenza di quelle ricadenti nel cono d'ombra dell'art. 587, comma 2° c.c., la dichiarazione di volontà in ordine al trattamento cui essere assoggettato una

(37) Come osserva A. Nicolussi, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in questa *Rivista*, 2009, 34 nt. 74, « decidere con l'incapace significa di fatto attribuire al rappresentante un potere sulla vita del rappresentato finora ignoto nel nostro ordinamento ». Inoltre, non può non colpire la differenza che passa tra la « volontà per sentito dire » di cui sembra accontentarsi la S.C. ed il rigore che, invece, caratterizza la disciplina della manifestazione della volontà di donare tessuti ed organi (l. n. 91/1999). Perfino la procedura semplificata e transitoria di cui all'art. 1, co. 3, d. m. 8 aprile 2000 esige, comunque, la predisposizione di appositi moduli atti a recepire le dichiarazioni di volontà dei cittadini; mentre, a regime, si prevede che la richiesta di dichiarare la propria volontà venga notificata a tutti i cittadini e che solo a questa condizione il silenzio, decorsi novanta giorni dalla data di notifica, valga come assenso al trapianto (art. 1, co. 1 e 2, del predetto decreto). Eppure, si converrà che assentire al trapianto *post mortem* dei propri organi o tessuti sia direttiva meno impegnativa di quella avente ad oggetto il rifiuto di cure, incluse alimentazione e idratazione artificiali, per il tempo in cui si sarà irreversibilmente perduta la coscienza.

volta perduta irreversibilmente la coscienza, non integra gli estremi di una disposizione *mortis causa*. Tuttavia, se è innegabile che il cosiddetto testamento biologico non è un testamento (38), perché esso è destinato a spiegare i suoi effetti quando la persona è ancora in vita, è altrettanto vero, però, che le due figure condividono quella identica esigenza di certezza, in ordine al significato e alla portata di quanto realmente voluto dall'interessato, da cui si fa discendere la sicura inammissibilità del testamento nuncupativo: e credo che tutti, a prescindere dall'opinione nutrita in ordine alla liceità morale e giuridica del *living will*, converremo che la decisione di porre fine alla propria vita sopravvanti, nella gerarchia di ciò che è importante per un consorzio civile, quella di lasciare la casa avita a Tizio, o di riconoscere Caio come figlio naturale (39). E non è un caso, del resto, che là dove il testamento biologico è istituito di diritto positivo, la legge sempre prescriva per la direttiva anticipata di trattamento requisiti di forma scritta (40).

c) Se, per le ragioni indicate in precedenza, è difficile rintracciare, nel caso che stiamo esaminando, gli estremi del consenso, almeno in un'accezione significativa dal punto di vista tecnico-giuridico, ancora più problematico risulta abbinare a quella « volontà per sentito dire » il *quantum* di informazione (ricevuta ed acquisita) necessario a rendere il sintagma « consenso informato » qualcosa di più che uno dei tanti slogan in

(38) Nella dottrina giuridica, si distingue tra le direttive anticipate ed il testamento biologico. Le prime sono rivolte al proprio medico, il secondo può avere come destinatario anche una persona diversa e, in generale, ha un contenuto più ampio, estendendosi al di là della sfera degli interventi medici in senso stretto: v., al riguardo, G. Spoto, *Direttive anticipate, testamento biologico e tutela della vita*, in questa *Rivista*, 2005, 181-182. Debbo avvertire che, nel contesto del mio discorso, le due espressioni vengono utilizzate in modo indifferente.

(39) Nello stesso senso Castronovo, *Il negozio giuridico cit.*, 109-110.

(40) Per una ampia panoramica al riguardo v. L. Tancredi Barone, *Il testamento biologico nel mondo*, Micromega cit., 108 s.. Anche il disegno di legge n. 10/A (« Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento »), già approvato dal Senato, prevede, all'art. 4, co. 1, che « le dichiarazioni anticipate di trattamento ... sono redatte in forma scritta con atto avente data certa e firma del soggetto interessato maggiorenne ».

voga nella nostra epoca (41). Un consenso integralmente deformalizzato e sostituito con l'accertamento della « volontà presunta » dell'interessato è, per forza di cose, anche un consenso dis informato o meglio assente un consenso di cui non sarà possibile misurare altrimenti il grado di consapevolezza.

Al contrario, la scelta di rifiutare i trattamenti sanitari per il tempo in cui non si sarà più capaci di intendere e di volere, specie quando ad essa si colleghi un esito fatale, deve trarre alimento, oltre che dalle personali convinzioni e valutazioni dell'interessato, da un quadro, essenziale ma appropriato, di conoscenze. L'« alleanza terapeutica » è fondamentale in un frangente come questo, non perché il medico debba paternalisticamente rendere edotto l'interlocutore della portata della sua decisione (e, magari, provare a dissuaderlo), ma perché è irrinunciabile che chi si accinge a compiere un passo estremo come quello di dettare una direttiva anticipata, venga informato, ad es., circa il lasso di tempo decorso il quale uno stato vegetativo deve considerarsi permanente, o la differenza che passa tra una terapia medica ed un trattamento sanitario (tipo l'alimentazione e l'idratazione artificiali), o, ancora, circa le modalità di accompagnamento alla morte una volta interrotti trattamenti e terapie, ecc. (42).

Certo, il rischio sempre incombente è quello di un eccesso di burocratizzazione (43), secondo un *cliché* che, per altro, accompagna ormai puntualmente le varie applicazioni del con-

(41) Si rammenti che, in base a tutti i documenti normativi richiamati dalla Cassazione, in *primis*, l'art. 5 della Convenzione di Oviedo, il consenso del potenziale paziente deve essere libero e informato: egli deve ricevere « una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento, sulle sue conseguenze e i suoi rischi ».

(42) Tra l'altro, come giustamente osserva il Comitato Nazionale di Bioetica nel suo parere in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento del 18 dicembre 2003, la circostanza che il dichiarante sia stato debitamente informato e sia stato invitato a riflettere sulla portata della sua scelta, rappresenta un forte argomento contro una delle obiezioni che, tipicamente, vengono mosse all'ammissibilità dell'istituto, ossia quella per cui le direttive in oggetto non sarebbero affidabili, stante la non più accertabile possibilità che l'interessato, se ancora cosciente, mutasse orientamento.

(43) S. Rodotà, *La vita e le regole* (Milano 2006), 259.

senso informato (44). Tuttavia, se anche, come è verosimile, la trasmissione e la ricezione di questo set essenziale di informazioni imponesse il confezionamento dell'ennesimo modulo o formulario, ciò sarebbe più coerente con il principio che si vuole porre alla base della legittimità di quella scelta (il consenso informato, appunto) e, quindi, più accettabile, di quanto non lo sarebbe una realtà nella quale, bastando la « volontà per sentito dire » a sé stessa, la direttiva anticipata potesse, in tesi, risultare il frutto di una determinazione solitaria, assunta al di fuori dell'« alleanza terapeutica » con il medico. Il punto è che la burocratizzazione/banalizzazione del consenso informato è solo una delle innumerevoli epifanie della diffusa evanescenza di ogni sorta di rapporto sociale: non credo, però, che la risposta a questi fenomeni possa essere quella di una radicale privatizzazione di decisioni che, per quanto destinate ad esaurire i loro effetti nella sfera esistenziale di chi le assume, continuano a risultare impegnative per l'intera collettività (45).

11. La sentenza della S.C. che ha chiuso il caso Englaro rappresenta un documento il cui valore trascende di gran lunga la dimensione strettamente tecnico-giuridica, anche se la prospettiva del diritto si rivela assai illuminante proprio

(44) Così Nicolussi, *Lo sviluppo della persona umana* cit., 27. La burocratizzazione del consenso informato è, però, l'altra faccia della burocratizzazione della pratica medica, ormai stabilmente ricondotta sotto il dominio del quantitativo e del generale, nonostante il carattere qualitativo ed individuale del suo oggetto, e la struttura indiziaria del suo metodo, che l'avevano mantenuta al di fuori della sistemazione galileiana delle scienze naturali: sul punto si v. il classico saggio di C. Ginzburg, *Spie. Radici di un paradigma indiziario*, ora Miti emblemi spie (Torino 2000), spec. 170-173.

(45) L'informazione somministrata al paziente, oltre ad essere funzionale all'obiettivo di un consenso libero perché, appunto, informato, è anche il veicolo attraverso il quale si instaura la relazione con il medico, la famosa « alleanza terapeutica ». Se si rinuncia, di fatto, all'idea che la direttiva anticipata debba essere anche il frutto di una interlocuzione dell'interessato con il medico, la scelta in questione, da individuale, si trasforma in privata, secondo una linea di tendenza che attraversa tutta la modernità, con intensità crescente a partire dal secondo novecento: cfr., al riguardo, Nicolussi, *Lo sviluppo della persona umana* cit., 7 s.

per la messa a fuoco della più ampia portata culturale della vicenda. Questo accade perché, come si è visto, la categoria attorno alla quale tutto il ragionamento della Cassazione viene costruito è quella del consenso informato, che è il modo in cui si chiama l'autonomia privata quando incontra l'art. 32, comma 2° Cost.; e, come pure si è visto nella lunga premessa all'esame del provvedimento, autonomia è parola fondativa del vocabolario giuridico della modernità.

Infatti, in Cass. 21748/2007 l'imperialismo culturale del principio di autonomia, di cui ho provato ad illustrare la traiettoria nella prima parte di questo scritto, si esprime in modo esemplare. Come risulta chiaramente dall'esame e, ancor prima, dalla lettura della sentenza, a decidere di interrompere alimentazione e idratazione artificiali è il solo rappresentante legale, il quale, nella interlocuzione con i medici, si richiama anche alla « volontà presunta » e ai « desideri » dell'incapace, secondo quanto prescritto dall'art. 5 d.lgs. n. 211/2003 e dall'art. 9 della Convenzione di Oviedo. È impossibile, tuttavia, se non al prezzo di una vistosa forzatura ideologica, equiparare l'autonoma iniziativa del tutore, il quale si fa interprete di ciò che presumibilmente avrebbe voluto per sé il diretto interessato, ad una genuina ed inequivoca manifestazione di volontà, di quest'ultimo.

Orbene, la Cassazione dà il nome di consenso informato alla decisione del tutore: ma questo è inaccettabile, perché un conto è dire che disposizione del tipo di quelle richiamate traggono giustificazione dalla vigenza nel sistema del principio del consenso informato, altro è, appunto, cancellare la differenza che passa tra la decisione eteronoma (del rappresentante legale) temperata in nome del consenso informato-principio, e la decisione autonoma (della persona soggetta al trattamento sanitario) che è il consenso informato.

Tra l'altro, al di là della questione di fondo, inaggrabile, va poi osservato che l'impostazione del discorso fatta propria dalla S.C. si espone, paradossalmente, al grave rischio dell'ulteriore, sostanziale azzeramento di ogni diversità tra il modello nel quale la volontà del diretto interessato confluisce, sia pure in posizione di eminenza, all'interno di un processo decisionale che, però, si alimenta anche di altre variabili (tutte cospiranti a definire il *best interest* dell'incapace), e il modello nel

quale, viceversa, la volontà del paziente (attuale o potenziale) è l'unica fonte cui attingere per stabilire cosa fare, o non fare. In altri termini, esempio davvero paradigmatico di eterogenesi dei fini, la Cassazione crea le premesse per una indebita e, appunto, non voluta generalizzazione del prototipo della direttiva anticipata non obbligatoria.

Quello che intendo dire è che se, come mi pare sia accaduto nel caso Englaro, il consenso informato viene, nella sostanza, trasformato nella interpretazione che della *Weltanschauung* della persona interessata è facultato a fornire il tutore, ne discende che sarà questi, con buona pace della S.C., il solo a decidere quale peso attribuire alla volontà presunta del paziente. Naturalmente, questa posizione non può essere assimilata a quella che vuole la volontà dell'interessato ridotta a mera indicazione non vincolante per il medico, anche quando quella volontà si sia espressa in una forma sacramentale stabilita dall'ordinamento giuridico (46). Resta il fatto, però, che in entrambi i casi a decidere è un soggetto diverso da colui che subisce il trattamento sanitario, una volta il rappresentante legale, una volta il medico (47): e se la soluzione adottata dalla Cassazione può apparire preferibile nella misura in cui sembra ripristinare l'alleanza terapeutica, sia pure per interposta persona, essa, però, come si è già detto, presenta il grave inconveniente di lasciar credere che l'autonoma iniziativa del tutore, in tesi ispirata al canone del *best interest* del paziente, sia la stessa cosa del consenso informato.

12. Vi è, nella volontà (dei giudici) di affermare a tutti costi la volontà (del paziente), anche quando questa non sussista o, in ogni caso, non sia stata manifestata in una forma giuridicamente rilevante, qualche cosa di violento o, se si preferisce, di incontrollato. Siamo in presenza dell'ultima (almeno per adesso) tappa della parabola descritta dal principio di au-

(46) Posizione fatta propria dal già menzionato parere del Comitato Nazionale di Bioetica in materia di direttive anticipate che, non a caso, insistentemente, si richiama all'art. 9 della Convenzione di Oviedo; ed anche dall'art. 4, co. 1, del disegno di legge n. 10/A.

(47) V. l'art. 7, co. 2, del disegno di legge n. 10/A.

tonomia durante l'intero arco della modernità e caratterizzata dalla progressiva ed inarrestabile erosione di tutti i limiti, interni ed esterni al sistema giuridico, che la circondavano in origine (48).

Curiosamente, ma forse meno di quanto potrebbe apparire d'acchito, questo contenuto si sposa con una forma del ragionamento giuridico sempre più insofferente alla mediazione del dato normativo, e sistematico, infracostituzionale (49). L'argomentare dei giudici si nutre pressoché esclusivamente dei grandi principi contenuti nelle costituzioni nazionali e nei documenti internazionali, come se il sovraccarico di *Sollen* che accompagna quelle enunciazioni bastasse a sé stesso nel garantire un solido ancoraggio alla decisione, di volta in volta, adottata. Il punto meriterebbe di essere adeguatamente approfondito, ma, in questa sede, credo sia sufficiente osservare che il combinarsi del primato del principio di autonomia con il primato (se non la tirannia) dei valori costituzionali, ormai circoscritti, in questa fase storica, all'ambito delle libertà e dei diritti fondamentali, mette capo all'idea che la tutela della persona si esaurisca nella tutela della sua possibilità di autodeterminarsi: ciò che, almeno a mio avviso, segna un regresso rispetto all'*esprit* solidaristico-partecipativo proprio del originario progetto costituzionale (50).

(48) Compresi gli pseudolimiti, in realtà pure e semplici regole del gioco, di cui ho parlato al § 2.

(49) Ad es., nella sentenza Englaro, come si è visto, la S.C. ha trascurato di considerare che nel nostro ordinamento giuridico la volontà negoziale rileva solo nella misura in cui esiste una regola che ne individui le modalità essenziali di manifestazione.

(50) Da questo punto di vista, probabilmente, Cass. 16-10-2007 n. 21748 cit. pur ricollegandosi, come già osservato, a quella tipologia di sentenze cui ho accennato alla nt. 16 e testo corrispondente, ne rappresenta un'evoluzione, proprio a causa di un uso sempre più diretto e immediato del principio *lato sensu* costituzionale. In altri termini, si può dire che qui la *Drittwirkung* attinge subito la dimensione applicativa, piuttosto che esprimersi, elettivamente, in una lettura costituzionalmente orientata del precetto infracostituzionale. Al riguardo v. le interessanti osservazioni di F. Mazza-rella, *Appunti storico-giuridici in margine a due recenti pronunce sul diritto alla vita*, Foro it., 2009, 786 s., di cui, però, non mi sentirei di condividere fino in fondo lo slancio che le anima.

Certo, l'alternativa alla volontà di potenza della volontà non può essere la risacralizzazione coatta della vita preconizzata dal disegno di legge n. 10/A (51). Le due opzioni, pur nella loro irriducibilità contenutistica, sono espressive di un'unica forma di pensiero incline a risolvere i problemi, tanto più se delicati e spinosi come quelli posti dalla bioetica e dal biodiritto, attraverso semplificazioni brutali e tutte ideologiche. Più in generale, in esse si riflette la rinuncia all'idea stessa che la individuazione di una misura condivisa di buono e giusto possa discendere dalla virtù, come disposizione morale coltivata individualmente e, al contempo insieme agli altri. La risposta alla domanda capitale di Socrate « il santo, perché è santo, lo amano gli dei, o perché lo amano gli dei è santo? » (52) è sempre quella che oltre duemila anni fa dette Eutifrone: e nello scontro tra gli odierni dei, i valori irriducibili dell'autonomia e della vita, ed i loro inflessibili ventriloqui (giudici, legislatori) si consumano, si direbbe senza appello, gli ultimi fuochi dell'antropologia, fondamentalmente fiduciosa dell'altro, che aveva ispirato le costituzioni del dopo Auschwitz.

ABSTRACT

Legal freedom and protection of the person

The author moves from the evolution of the 'legal autonomy' definition in modern law and of the scope of national Constitutions, which in the 1800s was mostly limited to the institutional structure of the State and after the Second World War began incorporating true 'tables of values' (focusing on a new 'constitutional person' endowed with legal autonomy in a 'social' perspective, i.e. as an instrument of participation in a community). From the 1980s, however, globalization and neo-liberalism have reversed the reforming impulse and re-proposed the 'identity' or 'personal' dimension.

(51) Il quale, all'art. 3, co. 6, esclude che possa formare oggetto di direttiva anticipata l'alimentazione e l'idratazione artificiali; e, all'art. 7, co. 2, vieta al medico di prendere in considerazione indicazioni orientate a cagionare la morte del paziente.

(52) Platone, *Eutifrone*, Opere complete, 1 (Bari 1971), 19.

The author criticizes the decision no. 21748/2007 of the Italian Court of Cassation on the famous *Englaro Case*, which allowed legal representatives to request the suspension of nutrition and hydration of patients in permanent vegetative state (PVS) in that (i) the person's consent is deemed sufficient if ascertained based on circumstantial evidence alone or hearsay, while (ii) informed consent, as a *mortis causa* personal act should result in writing and thus (iii) makes it difficult to ascertain its 'informed' character, i.e. the necessary degree of patient's awareness.

The fact that the court affirmed the patient's will even in its legal 'absence', in the author's opinion, reflects the current idea that the protection of the person essentially means protection of his/her own right to self-determine.